

II. Freiheit zur gesamten Hand. Der Ursprung der Grundrechte als Volksrechte

Begonnen hat die Geschichte der Grundrechte in Deutschland nicht im Sinne eines Widerspruchs zum Repräsentationsmodell. Im Gegenteil: Die Grundrechte, wie sie in die frühkonstitutionellen deutschen Verfassungen Eingang fanden, wurden verstanden als integraler Bestandteil des Repräsentationsprinzips¹³. Denn die Grundrechte (der Baiern, Badener, Württemberger) statuierten keine einklagbaren Individualrechtspositionen. Sie waren dafür nicht gedacht und blieben folgerichtig ohne jeden prozessualen Unterbau zur individuellen Durchsetzung in einem Rechtsstreit des Bürgers gegen den Staat. Entgegensetzung lag nicht in ihrem Sinn. Sie formulierten *Prinzipien* der verfassungsmäßigen Ordnung, an denen sich die Gesetzgebung künftig zu orientieren hatte. Vor allem aber waren sie als „*Volksrechte*“ konzipiert, deren Wahrung nach dem ursprünglichen Bauplan der Verfassungen – im Sinne einer Freiheit *zur gesamten Hand* – vollständig in die Verantwortlichkeit der Volksvertretung durch die Ständeversammlung gegeben war. Diese war nur eingeschränkt demokratisch konstituiert und legitimiert, fußte namentlich nicht auf dem Grundsatz der Volkssouveränität. Da das Volk nach dem monarchischen Prinzip an der Wahrnehmung der Staatsfunktionen, insbesondere der Gesetzgebung, nur beteiligt war, während die Souveränität weiterhin vollumfänglich bei der

13 Hierzu und zum folgenden *Christoph Enders*, Die Grundrechte der Deutschen – Revolutionäres Importgut oder nationale Selbstbehauptung?, in: Christoph Enders/Michael Kahlo/Andreas Mosbacher (Hrsg.), *Europa nach Napoléon*, Paderborn 2018, S. 137–159, 150 ff.

Krone lag¹⁴, sollte das *Instrument der „Ministeranklage“*¹⁵ Defizite der Machtposition des Volkes in einer repräsentativen Wahrnehmung seiner Rechte ausgleichen oder doch minimieren¹⁶.

Denn die – in zwei Kammern gegliederte – Ständeversammlung war nicht nur berufen zur Beratung und Mitbestimmung über die Gesetze¹⁷, welche Fragen des Eigentums und der Besteuerung zu regeln und überhaupt die Grenzen der Freiheitsausübung zu bestimmen hatten¹⁸. Sie war zum Schutz der Verfassung und ganz besonders ihrer grundrechtlichen

14 Etwa nach der Formulierung in Titel II, § 1 der Verfassung des Königreichs Bayern vom 26. Mai 1818: „Der König ist das Oberhaupt des Staates, vereinigt in sich alle Rechte der Staatsgewalt, und übt sie unter den von Ihm gegebenen in der gegenwärtigen Verfassungs-Urkunde festgesetzten Bestimmungen aus...“ Dieses restaurative, der Lehre von der Volkssouveränität entgegengesetzte Prinzip wurde für die Staaten des Deutschen Bundes mit Art. 57 der Wiener Schlußakte (vom 15. Mai 1820) festgeschrieben; dazu *Werner Frotscher/Bodo Pieroth*, Verfassungsgeschichte, 18. Aufl., München 2019, Rn. 262; *Dieter Grimm*, Deutsche Verfassungsgeschichte, 1776–1866, Frankfurt a.M. 1988, S. 114 f.; *Michael Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 2: Staatsrechtslehre und Verwaltungswissenschaft 1800–1914, München 1992, S. 102 ff.

15 Zur Ministeranklage im Überblick *Georg Meyer/Gerhard Anschütz*, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, 7. Aufl., München–Leipzig 1919, S. 801 ff.

16 Zur Problematik dieses unaufhebbaren Gegensatzes *Friedrich Murhard*, Art. Staatsgerichtshof, in: Carl von Rotteck/Carl Theodor Welcker (Hrsg.), Staats-Lexikon, Bd. XII, 2. Aufl., Altona 1848, S. 322–341, 330 ff., 336.

17 Man orientierte sich an der französischen Charte Constitutionnelle vom 4. Juni 1814, die im Geiste des monarchischen Prinzips die Souveränitätsrechte beim Monarchen konzentriert sah und ein Gesetzesinitiativrecht des Parlaments ausschloß (Art. 16: „Der König schlägt das Gesetz vor.“ Art. 19: „Die Kammern haben das Recht, den König zu bitten, über irgend einen Gegenstand ein Gesetz vorzuschlagen [...]“). Gleichsinngig etwa Tit. VII § 19 der Verfassung des Königreichs Bayern vom 26. Mai 1818; § 67 Abs. 1 der Verfassungsurkunde für das Großherzogtum Baden vom 22. August 1818; §§ 88, 124 der Verfassungsurkunde für das Königreich Württemberg vom 25. September 1819 (Mitwirkung – nur – durch Einwilligung); ein Initiativrecht des Volkes galt danach als Übergriff in die nach dem monarchischen Prinzip umfassende Exekutivgewalt der Krone, vgl. *Kant*, Metaphysik der Sitten (Fn. 3), Allgem. Anm. A, S. 441.

18 Zur Freiheits- und Eigentumsklausel vgl. den preußischen „Entwurf einer Verfassung des zu errichtenden teutschen Staatenbundes“, vom Februar 1815, Johann Ludwig Klüber (Hrsg.), Acten des Wiener Congresses in den Jahren 1814 und 1815, 1815 (Neudruck 1966), S. 18 ff., 44. Danach sollte sich die „Wirksamkeit der Landes-Repräsentanten“ auf die Beratung über alle Gegenstände der Gesetzgebung erstrecken, „welche die persönlichen und Eigentumsrechte der Staatsbürger, mit Einschluß der Besteuerung betreffen“. Hier ist nur von Beratung die Rede, die wenig später gegebenen frühkonstitutionellen Verfassungen statuieren bereits ein echtes Mitbestimmungsrecht, kraft dessen die Einwilligung zum Ge-

Freiheitsgewähr mit Beschwerde- und vor allem Anklagerechten ausgestattet, um die Verfassungsverantwortlichkeit der monarchischen Regierung einfordern, näher Verfassungsverletzungen rügen und im Wege der Ministeranklage vor einen Staatsgerichtshof bringen zu können, der befugt war, auf Amtsverlust und Unfähigkeit zur Bekleidung anderweitiger Ämter zu erkennen, gelegentlich auch dazu, sonstige Sanktionen (Verweise, Geldstrafen) zu verhängen¹⁹. Von daher versteht sich, warum nach den preußischen Entwürfen für eine „Verfassung des zu errichtenden deutschen Staatenbundes“ auf dem Wiener Kongreß (1815) die Stände das Recht „der Schützung und Vertretung [...] der durch (die Verfassung) [...] gesicher-

setzesvorschlag verweigert werden kann: etwa Titel VII, § 2 Verfassung des Königreichs Bayern. Später tritt das positive Gesetzesinitiativrecht der Ständekammern hinzu, etwa Art. 64 Abs. 1 der Preußischen Verfassung vom 31. Januar 1850.

- 19 Etwa Titel X §§ 4, 5, 6 der Verfassung des Königreichs Bayern vom 26. Mai 1818; § 67 Verfassung des Großherzogtums Baden vom 22. August 1818; §§ 124, 195, 199 Verfassung des Königreichs Württemberg vom 25. September 1819; ferner §§ 99, 126 lit.i der Verfassung des Deutschen Reichs vom 28. März 1849; Art. 61 Abs. 1 der Preußischen Verfassung. Die Ministeranklage hatte nach ihrem Prozeßgegenstand „*vorwiegend strafrechtlichen Charakter*“ und erschien als außerordentlicher Rechtsbehelf „in den Formen eines Strafverfahrens“, *Meyer/Anschütz*, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts (Fn. 15), S. 801, 802, vgl. ausdrücklich § 126 lit.i RV 1849; auch Thüring. StGH, JW 1931, S. 761, 762: „... bei der Entsch. über Ministeranklagen ... hat der StGH. Aufgaben und eine Stellung, die in rechtlicher Hinsicht denen der Straf- und Dienststraferichte vergleichbar sind“. Dem Inhalt des Urteils nach lehnte sich das Verfahren an das Vorbild des Impeachments nach der Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika vom 17. September 1787 an, vgl. Art. I Abschn. 3 § 7, *Meyer/Anschütz*, aaO, S. 802. Die Gerichtsbarkeit war jedoch – anders als nach dieser Verfassung dem Senat, vgl. Art. I Abschn. 2 § 1 und 5, Art. I Abschn. 3 § 1, 6 – nicht der Volksvertretung übertragen, sondern einem Staatsgerichtshof, dessen Funktion teils von der obersten Instanz der ordentlichen Gerichtsbarkeit wahrgenommen wurde (vgl. etwa § 100 der Verfassung Kurhessens vom 5. Januar 1831), der teils aber auch (§ 195 Verfassung des Königreichs Württemberg; § 142 Verfassung des Königreichs Sachsen) institutionell eigenständig und der als „Schutzanstalt für die Rechte des Volks“ gedacht war, *Murhard*, Art. Staatsgerichtshof (Fn. 16), insb. S. 330 ff. (Zit. S. 336). Kritik übt das Lehrbuch des deutschen Staatsrechts von *Meyer/Anschütz* (Fn. 15), S. 802: Dem Schutz der verfassungsmäßigen Individualrechte zu dienen sei – was durchaus zutrifft – „die Ministeranklage völlig ungeeignet; die Garantie für die Aufrechterhaltung der Individualrechte vermag nur eine unabhängige Verwaltungsgerichtsbarkeit zu gewähren“. Diese Kritik erkennt indessen den konzeptionellen Unterschied zwischen einer repräsentativen Grundrechtswahrung zur gesamten Hand auf Initiative der Volksvertretung und dem Modell des Individualrechtsschutzes, wie es mit Einrichtung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts in den deutschen Staaten Einzug hielt.

ten Rechte der Einzelnen“ besitzen sollten²⁰, dass ihnen „die Vertretung der Verfassung und der aus ihr herfließenden Rechte Einzelner“²¹ zugesichert war. Die sächsische Verfassung aus dem Jahr 1831 formulierte den Zusammenhang dann sehr deutlich: „Die Stände sind das gesetzmäßige Organ der Gesamtheit der Staatsbürger und Unterthanen und als solches berufen, deren auf der Verfassung beruhende Rechte in dem durch selbige bestimmte Verhältnisse zu der Staatsregierung geltend zu machen [...]“ (§ 78). Sie haben darum, so hieß es weiter (in § 141) „insbesondere auch das Recht, die Vorstände der Ministerien, welche sich einer Verletzung der Verfassung schuldig machen, förmlich anzuklagen“. Die Grundrechte statuierten so nicht etwa subjektive Individualrechte; es war nur konsequent, daß ein entsprechender Rechtsdurchsetzungsmechanismus fehlte²². Die Grundrechte zielten vielmehr, indem ihre Garantien zur gesamten Hand wahrgenommen werden sollten, darauf ab, die Stellung des Einzelnen, sein Freiheits- und Gleichheitsinteresse zum *allgemeinen Anliegen* zu machen, repräsentativ durchzusetzen, was allgemeine Geltung beanspruchen konnte. In ihnen manifestierte sich ein *Recht auf Allgemeinheit des Individualinteresses*.

An dieser Grundvorstellung hat sich bis in die Weimarer Zeit wenig geändert. Die demokratischen Defizite der Verfassungslage in Deutschland wurden mit der Weimarer Verfassung vom 11. August 1919 beseitigt, die in Art. 1 Abs. 2 WRV den Grundsatz der Volkssouveränität rückhaltlos anerkannte und das allgemeine und gleiche Wahlrecht einführte. Aber es blieb dabei, daß es Grundrechtsschutz im engeren Sinne eines aus den Einzelgrundrechten abzuleitenden und als solchen gerichtlich durchsetzbaren verfassungsrechtlichen Individualanspruchs nach allgemeiner Auffassung nicht gab. Der Schutz der Verfassung und ihrer Rechtsgewährleistungen vor exekutiven Übergriffen war ungeachtet der neu institutionalisierten parlamentarischen Verantwortlichkeit der Regierung (Art. 54 WRV) in Fortsetzung dieser deutschen konstitutionellen Tradition als Recht zur gesamten Hand in die Hand des Parlaments gegeben, das die (verfassungs-) rechtliche Ministerverantwortlichkeit klageweise geltend machen konnte (Art. 59 WRV). Allerdings kommt, nach den einzelstaatlichen Anfängen in

20 Nach Klüber, Acten des Wiener Congresses (Fn. 18), S. 45.

21 Nach Klüber, Acten des Wiener Congresses (Fn. 18), S. 305.

22 So läßt etwa § 67 Abs. 2 Verfassung des Großherzogtums Baden nur „Beschwerden einzelner Staatsbürger“ an die Kammern und diese nur unter sehr strengen Kautelen zu. In der Sache handelt es sich um ein Petitionsrecht, vgl. zu diesem Sprachgebrauch § 159 RV 1849: „Bitten und Beschwerden“.

der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts mittlerweile fest etabliert, der umfassende Individualrechtsschutz gegen hoheitliche Eingriffsmaßnahmen vor den Verwaltungsgerichten ergänzend hinzu. Als unmittelbar in der Verfassung verankerte Ansprüche werden diese Ansprüche dennoch nicht verstanden: Sie richten sich auf Unterlassung und Aufhebung gesetzwidriger obrigkeitlicher Befehle. Ihre Basis bildet das an alle Behörden gerichtete „Gebot stets und nur gesetzmässig zu handeln“²³. Die grundrechtlichen Freiheiten sind insofern „nur innerhalb der gesetzlichen Schranken anerkannt“²⁴, der Einzelne steht gar nicht in einem Verfassungsrechtsverhältnis zum Staat²⁵. Individualrechtsschutz gegenüber dem Staat ist verwaltungsgerichtlicher Schutz, und dieser verwaltungsgerichtliche Schutz zielt auf die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung auch insofern, als der Gesetzgeber, indem er die Verwaltung ermächtigt, grundrechtliche Freiheit begrenzt, ausgestaltet, konkretisiert²⁶.

Daran ändert wenig der Umstand, daß man die Grundrechte der Weimarer Verfassung nach ihrem unterschiedlichen „Wirkungsgrad“ zu klassifizieren suchte, je nachdem, ob nur das verfassungsändernde Reichsgesetz oder unmittelbar verfassungsrechtlich ermächtigte Notmaßnahmen (Art. 48 Abs. 2, 4 WRV) Grundrechtsbeeinträchtigungen legitimieren konnten, ob hierfür bereits ein einfaches Reichsgesetz hinreichend, jedoch auch erforderlich schien oder ob jedes beliebige (Landes-)Gesetz, nicht zuletzt die polizeirechtliche Generalermächtigung, Eingriffe zu rechtfertigen vermochte²⁷. Dennoch markierte offenkundig nach allgemeiner Auffassung die (jedenfalls: die formell verfassungsmäßige) Ausgestaltung eines

23 Georg Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., Tübingen 1905, S. 105.

24 Jellinek, System (Fn. 23), S. 103.

25 Ernst Friesenbahn, Die Staatsgerichtsbarkeit, in: Gerhard Anschütz/Richard Thoma (Hrsg.), Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd. 2, Tübingen 1932, § 98, S. 523–545, 538.

26 „Verfassungsbeschwerde“ nennt folglich Friesenbahn, Staatsgerichtsbarkeit (Fn. 25) „ein besonderes, der Verwaltungsgerichtsbarkeit (!) zugehöriges Rechtsmittel“, S. 527.

27 Richard Thoma, Grundrechte und Polizeigewalt, in: Heinrich Triepel (Hrsg.), Verwaltungsrechtliche Abhandlungen. Festgabe zur Feier des fünfzigjährigen Bestehens des preußischen Oberverwaltungsgerichts, Berlin 1924, S. 183–223, 191; ders., Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der Deutschen Reichsverfassung im allgemeinen, in: Hans Carl Nipperdey (Hrsg.), Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Bd. 1, Berlin 1929, S. 1–53, 33 ff.; Gerhard Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, 14. Aufl., Berlin 1933, S. 517 f., 519. So kam man vor allem zur „größere(n) oder geringere(n) Möglichkeit polizeilicher Eingriffe und Beschränkungen“, An-

Grundrechts durch den Gesetzgeber als authentische Interpretation des Grundrechts dessen normative Reichweite²⁸. Das kommt signifikant in der Formel zum Ausdruck, die Notverordnungen des Reichspräsidenten nach Art. 48 Abs. 2 WRV beigegeben wurde, wenn diese Grundrechte außer Kraft setzten: Dann hieß es regelmäßig, daß die Artikel 114 etc. (die einschlägigen Grundrechtsartikel also), „bis auf weiteres außer Kraft gesetzt“ seien. „Es sind daher Beschränkungen der persönlichen Freiheit [...] (also der einschlägigen Freiheitsgewährleistungen, C.E.) auch außerhalb der sonst hierfür bestimmten gesetzlichen Grenzen zulässig.“²⁹ Außer Kraft gesetzt wurden damit weniger die Grundrechte als die gesetzlichen Bestimmungen zu ihrer Ausgestaltung und Begrenzung. Da nach dieser Vorstellung die Ausgestaltung und Begrenzung durch den Gesetzgeber über die Reichweite der Grundrechtsgarantien entscheidet³⁰, seine die Verwaltung bindende Grundrechtskonkretisierung aber unter Beteiligung des Wahlvolks zustande kommt, bleibt das repräsentative Moment auch im Individualrechtsschutz wirksam. Der Schutz des individuellen Freiheits- und Gleichheitsinteresses wird damit noch nach der Weimarer Reichsverfassung insgesamt zunächst repräsentativ, über das Parlament als Treuhänder eines allgemeinen Geltungsanspruchs jenes Individualinteresses bewirkt.

schütz, aaO, S. 517; vgl. *Horst Dreier*, Die Zwischenkriegszeit, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Bd. I, Heidelberg 2004, § 4, S. 153–200, Rn. 12 ff.

28 *Albert Hensel*, Die Rangordnung der Rechtsquellen insbesondere das Verhältnis von Reichs- und Landesgesetzgebung, in: *Anschütz/Thoma*, *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, Bd. 2 (Fn. 25), § 84, S. 313–329, 316 mit Fn. 2, kritisiert denn auch Thomas Unterscheidung der Grundrechte nach ihrem Wirkungsgrad als eine „nur die formalen Rangordnungsunterschiede [...] erfassende(n) Vorbehalts-theorie“.

29 Etwa § 1 der VO des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat vom 28. Februar 1933 (Reichstagsbrandverordnung); die Formulierung entsprach der Staatspraxis.

30 Vgl. *Christoph Enders*, Die Freiheit des status subiectionis, in: Winfried Brugger/Rolf Gröschner/Oliver W. Lembcke (Hrsg.), *Faktizität und Normativität*, Tübingen 2016, S. 109–124, 115 f.